

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

取締役の業務執行権--代表権のない取締役は執行権がないか

著者	藤崎 文造
雑誌名	東洋法学
巻	3
号	2
ページ	1-25
発行年	1959-12
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00007780/

取締役の業務執行権

——代表権のない取締役は執行権がないか——

藤 崎 文 造

一

従来の商法においては、業務執行は取締役の過半数決、代表については各取締役が会社代表権を有するというのが原則的狀態であつたが、昭和二十五年の改正において通説の認める所によれば、取締役会が業務執行に関する意思決定を行うこととなり代表取締役がその執行に当り、代表権を有しない取締役は会社代表権のないことは勿論であるが業務執行権もなく、この間の關係においては、単に取締役会の構成員としての役割を持つに止まることとなつた。この代表権のない取締役に業務執行権がないことについては、二、三の反対を止めるのみで、大多数の認めている所であるが、これは法理上当然の帰結であつて、現行法の下においては、これに業務執行権を認めることは、その建前上不可能のものであるか、或は可能ではあるが、立法政策上これを認めないものとしたのか、又は、可能でもあり且現行商法もこれを認めているのであるか、これらの点につき取締役の業務執行権の性格を究明し、その帰結を導き出そうと

するのが、この小論の趣旨である。(以下業務執行権が代表取締役だけにのみ属するか否かを暫くおいて、ともかくも業務執行権を有する取締役という意味で、仮りに執行取締役という略称を用いる。尚本稿の取締役は、株式会社の取締役のことであつて、有限会社の取締役は含まない。)

二

先ず株式会社を一の社団法人として考える。取締役(取締役員に非ず)は、その代表機関、執行機関である。こゝには、主として、執行機関の面のみを取り上げる。

執行機関が、一員をもつて構成せられているなら、問題は簡単である。複数員をもつて構成せられているときは、これを一体化する方法を設定せねばならぬ。旧法は、取締役員の過半数決を原則的方法とした。新法は、取締役会という新なる機関を設けた。旧法の取締役機関が取締役会と今一の機関に分化されたと考えられているのである。如何に分化されたか。通説は、取締役会を意思機関としたものであるとする。会社代表の点を除外して考えるならば、旧法の業務執行機関の権限中、意思決定権限が分離され、取締役会に属せしめられたということである。併し、これは種々に考えられる。取締役会というものを、はつきりと、法律上の制度としただけで、意思決定も執行も、依然同じく取締役会に属していると考えられることもできる。意思決定と執行によって分離することなく、取締役会を最高執行機関とし、取締役会が上位の決定権を持ち、他の意思決定権及び執行権乃至は取締役会に由来する他の意思決定権及び執行権にそれが優先すると考えることも可能である。この場合、取締役会も、他の機関も、ともに意思決定権執行権を併

せたものを持つと考えることも可能で、また、取締役会は、決定権だけで、他の機関は、執行権だけと考えることもできるし、又この場合、他の機関も意思決定権をも持つが、その意思決定権は、取締役会のそれに後れるものであると考えることもできる。只、取締役会に執行権のみあるということ、取締役会以外の者に意思決定権のみあるという分化の仕方は、根拠をかくであらう。更に又、意思決定とその実行に分化する場合、双方を具備しなければ完全な行為にならないことも必然の帰結である。その何れであるかは、法の趣旨によって、決せらるべきことであつて、商法第二六〇条に「業務執行は取締役会之を決す」とあるが故に、当然に、取締役会のみ業務の意思決定権があり、しかも執行権はないという結果は出てこないのである。

而かも業務執行権を有する者は、何れにしても、とにかく、その業務を執行し得るのであるが、これが経営経済的に持つ意味と法律的に持つ意味とを異にする。解決は、この両者の制扼を逸脱せず具つ充分の合理性を有する点に求められなければならない。

三

同じく業務執行と称せられ乍ら、この用語は、種々に觀念されている。

先づ、商法第二六〇条に「業務の執行を決す」とあるが、これは、業務の執行自体でなくて、業務執行のための意思決定であるとするのを一般とし、意思決定の外、執行自体をも含むとする見解を例外とする。何れにしても、この場合の執行ということの重点は、意思決定かその実施かの点に存する。

次に転じて、所謂業務執行権、会社代表権の問題となると、重点は執行自体乃至は意思決定及び執行自体を含めた執行の問題と会社代表との問題におかれ、この場合意思決定権の所在は暫く除外されるのである。

又会社代表も広義の業務執行の中に含め、狭義の業務執行と会社代表とを併せて、広義の業務執行を考え、商法第二六〇条に所謂業務の執行は、即ちこれを意味するものとされる。唯この最後のものは、要するに言葉の用い方であつて、その指し示しているものに別段の差異はないので、狭義か広義かを断れば、内容は確定するのであるが、前者の場合の使い分けは、同じく執行といふ字に指し示すものが異なるのであるが、取締役会の執行といへば実行の意思決定、取締役の執行と謂えば実行行為が重点になるのが通常であるので、その主体如何によつて区別はおのずから可能なことになっているのであらう。いずれにしても、一の業務について、その為の行為が意思決定であるか、実行行為であるかそのいずれに属するかによつて、権限の所在が異なるというのが通説の考え方である。（両者を区別する要なく取締役会が両権限を有するするのは少数説である。）

更に又業務執行につき、その意思決定と執行自体を分別する場合、その重点が経営面から見ると法律の面から見る場合は、異つて来る。法律の面から見れば、執行権が何処に存するやは、その法的合理性のみにより決すればよいのであつて、先ず第一に、何処かに存しなければならぬことは最小限の要請であるが、これをいづくに属させるかは、法人というものの法律的性格に合致するよう定むべきものとなる。経営の面から見れば、それが何処にあるかその所在の点が重点であつて、その所在は、会社の運営をもつとも能率的たらしめる個処に定められなければならない。法律の規定の文言は、その所在を、既述の如く、文言自体で決定してはいない。即ちその所在は、法律的及び経営経済的

見地から綜合觀察して最も妥当な点に定められねばならぬ。斯くして、同じく執行権と稱し、ともかく執行権者が業務の執行をなし、又執行権者に非ざる者は、それをなし得ないという外見においては同じであり乍らその實質に於ては異るという相異も存する。

四

そこで先ず意思決定行為と実行行為との分別から出發することにする。

これについて、一応純法律の見方を離れ、主として經濟的經營の見方から考えて見る。一の業務を載然分別し、意思決定を含むものを全部抽出し、残余を執行行為とし、執行行為には意思決定を全然含まないものとすれば、執行行為は、單なる器械的行為に終り、その権限の所在を云為することは全く無意味のこととなるであらう。従つて、意思決定と実行との分別は、經濟的經營的には、かゝる意味の分別でないと先ず考えられるのである。

そこで、こゝに一の連の業務を、その事を行うか否かについての判断の部分乃至は管理業務的部分と、その業務を行うか否かについての判断の許されない部分（その業務を如何にして行うかについては、判断を必要とすることは、勿論である。そうでなければ、盲滅法にやるということになる。）乃至は所謂ルーチン・ワークの部分に分ち、前者を意思決定に関する部分、後者を実行に関する部分とすれば、意思決定と実行との分別はなし得る。併し乍らこの標準によつて業務の意思決定と実行とを分別するとしても、業務を行うか否かの決定後、それを如何に行うかの問題は、判断を必要とするとしても、それは右するか左するか判断ではなく、如何に手際よく行うかについての判断

で、目標は一定し、取捨選択の余地はない。要するに、如何に巧妙に行うかの技術問題に帰着し、これについて何人が権限（この場合は決定ということが権限の重点となる）を持つかは、何等重要性を持ち得ない。もし、拙劣に行うことと、巧妙に行うこととに幅があつて、その間の選択が許されるとすれば、執行権限ということが、実質の意味を持ち得るであろうが、拙劣を意図することは、經濟上の実際においても、第三者を利益する背任の意図でもない限り、考えられず、又法律上も取締役の忠実義務上許されることではない。

以上の如く觀じ来れば、権限の問題の存する所必ず為すか否か、いわば *of* の問題の存することを必要とし、*of* の問題の決定後、如何にして行うか、即 *wie* の問題のみの存する所には、権限の問題は、意味を持ち得ないことになる。

然らば、取締役会の権限とする意思決定の問題も *of* の問題であり、執行取締役の権限とする実行の問題も *of* の問題でなければならぬことになる。然らばその境界は如何に定めらるべきであらうか。

五

凡そ業務は、最終目的に向つて一連のつながりをなし、目的に対しては手段を必要とし、又その手段については、その手段を目的とする手段を必要とする。会社が追求せんとする営利目的に対し、一連の行為が目的―手段（目的）―手段の関係において連つてゐる。先づ、営利目的の一の業務が、当面の最終目的として定められる。その手段に種々ある。第二次に、この手段の一又は数個が選ばれる。この手段を目的とし、更にその手段を種々考えられる。第三

次に、その何れかが選ばれる。斯くして第四次、第五次と進む。その目的の何れを選ぶか意思決定の問題で、その手段の何れを選ぶか執行の問題である。意思決定と執行の問題は、ともに何れを選ぶかに関する問題ではあるが、意思決定は目的の決定、執行はその決定した目的のための手段の決定と観念することができる。目的手段一連の關係から見れば、より上位の目的又は手段の選択が、意思決定の問題であり、意思決定により決定した目的又は手段を目的とする手段の決定が、執行の問題と考えることができる。

この問題は結局、経営における権限委譲の問題と一致するのである。即取締役会は上位の経営方針を決定し、この方針を達成すべき手段の選択については、その権限を下に委譲するという経営の实情に一致するのである。

以上の如く見て来れば、取締役会が執行を決し、執行取締役が執行するということは、取締役会の決議をもつて業務の大綱を定め、これを、執行取締役をして執行させることと一致する。（細目を項目書きにし、この事項については執行取締役委任とする形式をとれば、取締役会が執行取締役に権限を委任したこととなる。）

更に又、意思決定と執行の問題は、要するに、上位下位の比較的段階の差異であつて、一の業務につき、こゝまでが決定行為、こゝからが執行行為などと、絶対的に、限界を定め得べきものではない。又執行の段階においても、その行為が業務執行権限に基いて行われているか、全く執行権限のない下に行われているかも要するに見方によつて定まることである。

以上の事を事例を通じて考えて見る。例へば、会社が営業の重要でない一部を譲渡しようとする場合、取締役会において譲渡の方針を決定し、これを執行取締役に執行させることも考えられる。この場合、譲渡の相手方の決定という

ような事さえ執行権によつて処理される。(商法第二六〇條から譲受人の決定権限は取締役会にあるとの結論は導き出せないであらう。) また一方、事実上すべての下交渉をすませ、取締役会でこれを承認したとする。この場合、營業譲渡契約を一の業務と見れば、その業務は完了し執行権の所在が問題となるような種類の執行行為は残存しない。(代表取締役の調印等は既定事実の実施であつて、この場合手続問題に過ぎない。)

もつとも、この後者の場合と雖も、業務を意思決定行為と執行行為に分別し、前者は、取締役会が為し後者は、事前行われた執行行為を取締役会が追認したのであると考えることもできる。乍併、これは、意思決定と執行行為とを行為自体の性質から區別せんとすることによつて生ずることであつて、その區別をその本質に遡り *op* と *vide* の區別に求めるならば、前述の考え方の無意義は自ら決定される。

前述の後者の場合、即事前に下交渉をすませた營業譲渡について、取締役会がそれをすることに決めた場合は、も早執行権の所在が問題となるような業務は、残存しないということになるが、決定権と執行権とは絶対的に分別し得るものではないから、例へば譲渡契約確定後調印式を行うか否か、行ふとすれば如何なる程度、規模のものとするべきか等について、その決定執行ということも有り得るのである。

以上を通じて考うれば、取締役会は、業務の執行を決する(商二六〇)ということとは目的についての、*op* の問題に關し、*vide* の問題に關しないことになり、従つて、執行自体を為すことは取締役会の権限外であるとするのが商法第二六〇條の規定に合致するものとせねばならぬ。

乍併、執行自体かその決定かは、要するに物の見方、程度のきめ方で定まることであるから、見方によれば執行自

体となるかも知れぬ場合も、それは、取締役会は、あくまでも執行の決定として行うものであるとせねばならぬ。

ob の問題が決定すれば、後は wie の問題である。取締役会が執行を決すれば、後に決定の問題は残らぬ筈である。然るに尚執行権という問題を存するのは何故であるか。是は既述の如く一連の業務が目的手段の關係において連り手段たる行為を目的とする手段を必要とし、その手段について ob の問題が存するからである。

斯く觀じ来れば、取締役会の決定権も取締役の業務執行権も同じく決定権であつて、その性質に變りはなく單に上位下位の差異が存するに止まるものに過ぎぬことと一応なる。

六

以上によれば、業務執行権も ob の問題に關することとなるが、取締役会が全決定をなしこれを従業員をして実行させるとしたならば如何なる關係になるであらうか。執行取締役の存在しない会社の運営であつて、これは、單に變則に止るものとして認めてよいであらうか。この場合会社の必要機關たる意思決定機關取締役会も存在し、代表取締役も存在するが、業務執行機關たる業務執行権をもつた執行取締役という機關を素通りということである。かくなれば單なる偶然の変則でなく株式会社制度からの逸脱ということではなからうか。従つて、適法に会社業務として運営されるためには、取締役会が意思決定を為し、その執行を執行取締役に行わしめ、又は取締役会が意思決定を執行取締役に委任し、執行取締役が、その委任に基いて執行を決定し、これを実行するという形において行われることを必要とする。具体的業務の運営の形は種々あらうけれども、要するに、その業務の意思決定の權限が取締役に由来

し、その執行の権限が執行取締役の執行権に由来することを必要とする。

かくなれば、執行取締役の業務執行権は *op* の問題を含まない場合にも存在することとなる。事情以上の如しとすれば、問題は更に転じ、*op* の問題については、すべて取締役会がその権限を有し、執行取締役の有する執行権中に存する *op* の問題についての権限はすべてこれに由来するものであつて、業務執行権の本来の性格は、その行為の効果を会社に帰属させるという点に存するのであつて、その権限者の手を通ずることによつて、初めて、適法な会社業務となるのであると考ふべきこととなる。このように考えると、取締役会の権限と執行取締役の本来の権限との間には質的な差異が存することとなる。

問題は、取締役会が執行を決定した業務の執行を、執行取締役の手を通じて執行せねば、それが会社の行為とならぬのであるか否かの問題であるが、法人はその機関を通じて行為するものであるし、取締役会に執行自体を為す権限がないと考えることが、商法第二六〇条の規定に合致する所以であるとすると、どうしても執行取締役の手を通ずることによつて機関の行為たらしめ、以て法人に帰属すべき行為たらしめなければならぬ。

七

経済的經營の見地からすれば、取締役会が上位の決定権をもち、執行取締役がその下位にあつて、取締役会に執行権がないことも一の立法の便宜で、執行権を持つても必ずしも不合理ではないと考えられるのであるが現行商法の見地法人の制度及び株式会社他の機関等との関係から律して行けば、必ずしも経済的經營の見地を維持することはでき

ない。

商法第二六〇条が制定されたのは、従来取締役会という会議体が事実上存在していたのであるが、これを法律上の制度として取り入れ、会社の一の機関とするためである。それは、宛も会社における株主総会の如きものであつて、会社の執行機関たる取締役（取締役員に非ず）が、また一の法人的組織の如きものとなり、その意思機関として取締役会、執行機関として執行取締役という、いわば、二重構造となつたのである。株主総会に執行権がないと同様、取締役会にも執行権がないこととなる。この場合、取締役に執行権があるとすることは、必しも法人の本質に反する制度を認めることとはならないが、現行法の立場からは認めるを得ない。少くとも、より以上の混乱を招来することとなる。取締役に執行権があり、代表取締役に執行権があるとすれば、その間の権限の限界を定めるか或は権限の重複を処理すべき制度を定めるかなければ、一の組織体を作り上げるに完全でない。法律がわざ／＼不完全な制度を作つたと考ふべきでないことは明らかである。この権限の抵触の場合について、法律に規定のないことは、即ち、取締役に執行権を認めていないことを示すものでなければならぬ。又取締役にのみ執行権があり、他に執行権を有するものがない即ち代表取締役に執行権がないとすることは、超現実的な状態を作り出すことであつて法の趣旨がかゝる趣旨でないことも明かであるとせねばならない。

又更に取締役会は、意思機関であつて、執行については機関はないということも考えられるが、これも絶対に不可能ではない。取締役に意思決定をし、機関に非ざる者に、例へば従業員にこれを実行させるということである。このことは実際に行われ得るであらう。取締役会がある業務の実施を決定し、これを役員に非ざる部課長をして実施さ

せるということである。しかし、これは機関の意思決定のみあつて、機関による執行がないのであるから、会社の行為とならないし、使用人の行為として会社に帰属するには、後述の如く、帰属させる行為についての機関の行為をかくので、帰属させる根拠をかくことになり帰属することができない。

この事は事が終始事実関係に終始する場合においても同様である。例へば、或新製品の製造を取締役会が決定し、使用人たる生産部長をして既存の資材、既存の人員、既存の資金を使用し、何等対内対外の法律関係を発生することなくこれを実行せたと仮定する。この場合、実際面においては意思決定、その実施という一連の繋がりがあり、且この仮定にして正しい限り、何等の法律問題は生じないのであつて、一切が事実関係として動いて行くが如く思われる。しかし乍ら、この場合においてもその製品が、厳密にいうならその資材についての増価価値が、法人に帰属するということは單なる事実関係ではなくて法律関係である。会社財産の自然の値上がり、会社に帰属して行くことは、純然たる事実関係に止まるが、この場合はこれと異なる。

これを個人の場合と対比して考える。先づその財産の自然値上がり乃至は増大の帰属が純然たる事実関係であることは、両者ともに明らかである。人を使用して物を製造させた場合、自然人の場合は勿論雇主に帰属するのであるが、これはその底に雇傭関係等が存するからであつて、その雇傭関係等に瑕疵が存するならばその物の帰属にもひびくのである。財産の値上り乃至増大は、権利能力の問題のみである。これは静的の状態であつて自然人法人何等異なる所はない。雇傭関係による財産の増価は、その基礎に或る行為が存しているのである。従つて、その行為を追及せざる限り、その帰属を基礎づけることはできないのである。たとえ、具体的の場合に行爲が存せずとも、以前に存した

行為の根が存し、それが働いているのである、従って会社についての前述の設例も、終始事実問題につきることとはならないのである。即ち、雇傭関係等についての法律関係が、追及されねばならないのである。雇傭関係等の発生に關し会社の行為能力が追求されねばならぬのである。しかも自然人の場合ならその意思は極めて自然的に形成されるから、その間法律上の理論構成を必要としない。法人の場合はこれと異なる。かくして單に事実問題に終始するが如く見た場合においても法人の場合においてはその意思形成、その意思帰属の問題が伴うのである。(設例においては代表權限もこの点から問題となつて出て来る。)

元來、機關の行為が法人に帰属する關係は、すべて法律關係であつて、機關構成者の爲した行為が單なる事實行為であつても、その行為が会社に帰属する關係は、法律關係である。従つて機關の行為は機關行為である限り事實行為としては存在しないのであつて、機關の行為であつて、法人に帰属する行為は、純然たる法律行為及び之に類する行為ということになり、事實行為には觸れなくてよいこととなるのである。(Planck. Komm. zum BGB. § 26 Ann. 3) かくるが故に、機關は、法人の法定代理人と看做され或はその間の關係が代理關係であるとされ、常に法律的關係のみが律せられるのである。このことは實際面との大きな間隙のように思われる。即株式会社の取締役の行為というのは、事實上の仕事が大部分で法律問題は例外で大部分の仕事が法律に關係なく、動いているのが事實である。人は法律を意識しないのである。しかも法律はその意識しない点を最も重視する。取締役会が業務を決定したならば、それで業務は決定したものと考ええる。商法第二六〇条に業務の執行を決定するとは、即ち、この事であると考ええるのは、むしろもっとも率直な考え方ではなからうか。しかも、それは、意思決定であつて執行が伴わねば会社の意思と

ならぬというのは余りにも法律技術に偏した考え方ではなからうか。取締役会の決議通りのことを、執行取締役が行しなければ会社の行為にならない。既にはっきり定まっていることを二度繰り返すというやつでもやらんでもよいようなことが、法律上、事の成否を決するというのは余りに合理的でない。もっとも実際の運用においては事実を法律の要求に合うようにして加工して執行が何等かの形であったことにして、支障はなくてすませるであらう。しかし、法律を事実に近い行けないものであらうか。

しかし、とにかく、商法は、取締役会を意思機関としていることは既述の通りである。旧商法は、業務の執行は、定款に別段の定めのないときは取締役の過半数によって決するとは、定めていたがこれはこのことに関し取締役会とというような特別な法律上の機関を定めたものではなかった。執行機関詳しくいうなら意思決定及び執行を含めた執行の執行機関としての取締役（取締役員に非ず。）一本であって、その者が意思を決定し、執行するということになっていたから、現行法のような法律技術的な機関の分化がなく、より自然的であったといえよう。これから見れば、改正法の重点はこれ不自然な形にもって行くものではなく、合議機関としての性格を明確にする点にあったしなければならぬので、寧ろ経営の實際に合致させる様取締役会がより上級の方針を決定し、その方針に従う實際上の運営を執行取締役にさせるとするのが重点であったと考えるべきであらう。即ち、法律上一貫性を欠くけれども、意思決定だけで独立して存在し得る事実については、別に業務執行権者の手を経なくてもよいと考えてよいのではなからうか。殊に代表取締役の選任の如き場合、株主総会における取締役選任がそれ自身選任行為である（異説はある）のに準じて考へべきではなからうか。

以上の如く、取締役会が意思決定を行い、これを執行取締役が執行することによってその行為が機関の行為として会社に帰属するということが、現行法の制度と考えられるのであるが、執行機関を、意思機関と執行自体について権限をもつ機関に分離し、執行自体について権限を持つ執行取締役というものを考えることについては、一の疑問が存する。執行取締役が、意思機関たる取締役会と別個の性能をもつものならば、その構成員が共通であることを必然の帰結としないから、両者は別個に規定すべきではないか、もし共通であることが運営上都合がよいという趣旨ならば、別個に規定した上で、更に、執行取締役について取締役会の構成員であることを要件として定むべきで、意思機関構成員——執行機関構成員という如き外見は妥当を欠くのではないかとの疑問がそれである。又、執行取締役は、独自の機関ではなく、取締役会が本来有し、他人をして行使せしめることになっている執行権を与えられて、これを持っているものであるとするならば、執行取締役に対してのみ、これを与えるという必然性は出てこないで、単なる従業員に与えても差支ないことになる。要するに、執行取締役の機能的性格を明確に把握し難いように思われるが、とにかくそのような機関が制定されているのである。

寧ろ取締役の外に、或る潜在能力乃至資格とでもいうべきものをもっている取締役員という機関構成有資格員が存し、これが他の要件の加わることにより、或は取締役会を構成し、或は業務執行取締役を構成し、或は又代表取締役を構成すると考えるのが妥当ではなからうか。

八

業務執行権の性質が、以上の如くであるとすれば、果してこれは、代表取締役でなければその主体となり得ないものか。又取締役会の執行決定権の性質が以上の如きものであるとするならば、果して、この権限は、代表権をもった取締役に對してするものでなければ譲渡することができないものであろうか。

商法は、業務執行権について何等規定していない。会社代表について、第二六一条に規定するのみである。然るにかゝわらず、業務執行権の存在並に執行決定権限の委譲につき、代表取締役のみがその適格を有するということは、代表権と業務執行権との間にその帰趨を同じくせねばならぬという必然の關係があるということに基くものでなければならぬ。そこで、問題は、代表権と業務執行権の關係並に権限委譲の關係に遡らねばならぬ。

代表關係と業務執行關係は、前者は對外關係、後者は對內關係と説明される。對內關係といへば、会社對取締役の關係、對外關係といへば、会社及び取締役の夫々の第三者に對する關係ということなる。会社對取締役間に存するものが業務執行關係、後者のそれが代表關係となる。對內關係、對外關係という説明によつて、その關係の存在する個處は説明された。その内容については、これだけでは理解できないが、既述の業務執行権の性質からすれば、業務執行關係というのは会社と取締役との間に存する關係であつて、この關係の存することによつて、取締役の行為の結果が對內的に会社に歸屬する關係であり、代表關係というのは会社と第三者、取締役と第三者の間に存する關係でありこの關係の存することによつて、取締役の行為が對外的に会社に歸屬する關係であると考えることができる。

業務執行権は、既述の如くその行為の結果を会社に歸屬させる力を持つものであるが、業務執行権というものは、他を排除して業務を執行し得るという力を内容とするものでなく、その権限をもっている者の為した行為であるが故

に、その行為の結果が、会社に帰属するという結果が発生するのであって、その者の為した行為というのは、その地位にあるものの行為ということであり、一の地位についてる権限であり、その権限が働いて行為の結果が会社に帰属することになるのである。而して、業務執行権限をもった者の為した行為ならば、その行為の結果は、完全に会社に帰属し、会社に帰属するだけの行為ならば別に代表権の存在を必要としないのである。具体的に業務につき会社代表の資格がなければ、遂行し得ない業務も勿論多々存するであろうが、この点は、商業使用人の代理権によっても差支ないのであって、業務執行権者の為した行為ならば、その結果は会社に帰属するのである。同時に、一方に、代表権を有するものでなければかゝる行為を為し得ない理由は存しないのである。又一方、代表権のみあって業務執行権のない取締役を觀念し、この者が対外的取引をしたとなると、その行為は、対内的に、会社に帰属し得ないのである。対内的に会社に帰属させることのできない地位にある者に代表権を与える愚が、實際存する筈はないから、觀念的に考えるに止める。（合名会社については業務執行権者のみが代表社員なることに改正された。）

例えば、会社が、自己保有の資材をもつて、自己の使用人を使用し、その販売品の製造をする場合を想定する。この場合は、会社の業務の執行であり、その執行は事実行為である。その執行は取締役会で決定されて、その執行の衝に当るのは代表権のない取締役であったとする。この場合、取締役の行為は、会社の機関としての行為であり、その行為の結果を会社に帰属させるにはそれが対外関係を伴わないので、取締役に代表権がなくても支障はない。（もっとも、従業員に対する指揮命令権となると、従業員は、会社の使用人であるから、これに対して雇傭乃至委任契約上の権利を持つものは会社であり、取締役がその行為をするには、対外関係において代表権を具備することを必要とする

ので、問題を対内関係にのみ局限せんとするならば、この労務は、他の代表権のある取締役の下に管理されていたと設例しなければなるまい。）

而して更に、例えば、他から商品の仕入をするという場合は、商品の仕入をするという点を見れば、会社の業務を執行しているのであり、会社を代表して契約をしているという点を見れば、会社代表行為に当る。この場合は、業務執行行為に對外関係を伴い、それが故に、代表権限を必要とする場合となるが、その對外関係を捨象した内部関係においては前者の場合と何等異なることはない。代表権を必要とする場合の業務執行も、これを必要としない業務執行も、業務執行の点については、別段変りはないのである。代表権を伴わない業務迄も、代表権のある取締役でなければできない理由もなく、又代表権を伴った行為であるが故に、その代表権を要せざる面の執行行為も代表権を持っている取締役でなければできないとの理由もないのである。

勿論、実際上の関係はあろう。即ち、對外的に会社を代表するということは、大事な事であり、この大事のできる人間でなくては、業務執行権は持たされないとこの関係はあろう。しかし、これは、法律上の問題ではない。

要するに、会社代表権と業務執行権とが、その帰趣を同じくしなければならぬということは、会社代表権業務執行権の本質からは出て来ないのである。

九

更に権限委譲が、その本質上、代表取締役に対してのみ、なされ得べきものであるかについて考察する。

事例を通じて考えて見る。

例えば、或会社において、取締役会の決議をもって定めた規則において、「一件百万円以下の寄付金については、総務担当取締役が決定することができる。」旨定めてあったとする。（この事例は、単なる創作でなく、實在の多くの事例をモデル化すれば、大体このような形になるであろう。）

この間の法律関係は、取締役会は、業務の執行を決定するのであるが、これは重要ならざる業務につき、その決定を一人又は数人の取締役に委任することを妨げるものではない。近代の大企業の経営において、業務執行の決定をすべて取締役にいて行うことは不可能でもあるし、又不適當でもあるので、大企業、否中小企業においても、取締役会の権限を下に委譲し、業務運営の能率化と責任体制の確立をはかるのは当然の帰結である。この権限の委譲が可能なのは、法律上問題のない所であるがその委譲を受ける者は代表取締役か、又は代表取締役がその中に含まれている取締役の集団でなければならぬというのが通説の帰結である。然るに、代表取締役は実際にいて一人で、多くても二人というのが通例で四、五人の代表取締役を有するものもあるがそれは例外である。これをもって見れば、通説の帰結と、大企業の要請とは、両立し難いものとなる。勿論、代表権のない取締役が、取締役たる資格において決定権をもつものでなく、商業使用人たる立場において決定権を与えられているのであるとすれば、法律上の支障はない（この場合決定権を与えるに付会社機関の意思決定及び執行が存しなければならぬ。）が、これは、事実を曲げて擬制するものである。決定権者は、使用人としてでなく、役員としての意識をもって仕事をしているのである。また、法律上の関係において、使用人たる場合と取締役員たる場合では別個の関係になって来る。

第一は、株主総会との関係である。株主総会は、取締役の解任権を有するが、使用人の解任権は有しない。権限が使用人の手にあるものならば、総会の解任権は、実際上はともかく、法律上は無効となる。

第二は、対第三者関係である。取締役の機関としての行為は、会社の不法行為となるが、使用人としての行為は、会社の不法行為とはなるが、使用人としての行為は、民法第七一五条により律せられることとなり、会社は、選任監督に過失がなければ免責されることになる。(尤も、この場合、現行法によれば、代表取締役の行為にのみ民法第四条が適用される。)(商法二六二、三項同七八)(この点は後述)

取締役会が、その権限を譲渡し得ることは、問題のない所であるが、その間の法律関係はどういうことであろうか。

取締役会が会社の機関であることは、問題のない所で、株主総会を意思機関、監査役を会計監査機関とすれば取締役会は執行機関と考えられる。更に詳言するならば業務執行に関する意思決定機関である。

凡そ法人の機関とは、法人の行為能力を充足するための方途である。法人の本質の問題はさておき、法人は、自然人と同様、権利義務の主体たる適格を有するものとして、法律が定めているものである。自然人については、法律の定める自然人に該当する肉体人という客観的存在が、明に存するので、法律上の人と、社会生活の中に存する人との間に大きな差異は見出されないが、法人については、法人という社会生活上の有形的外形的存在はない。学説上の存在で、謂わば、観念人である。擬制に基づくものと謂われる所以である。乍併、自然人と雖も法律がこれに権利能力を認め、又行為能力を認め若しくはその全部又は一部を否認して法律上の人となるのであって、(vgl. Naviaski, Allgemeine

Rechtslhre. S. 178ff.) 法人が法律の擬制ならば自然人も亦法律の擬制である。只前者においては、法律の創作的面が強く働き、後者においては、それが少いという量的差異があるに止まる。両者ともに、法の意欲によって創り出されたものであって、外界に存する自然現象そのものではない。自然人においては、その意思その肉体において行為する。法律は、その行為をそのまゝ、その主体に帰属せればよい。法人においては、権利義務の主体としては、その団体が、視覚上は存しないにしても、事実上社会生活上存するのであるから、その主体を決定するにさしたる困難はない。しかし乍ら、行為すべき肉体を持たぬ。法人に帰属せしむべき結果を作り出す手段を持たぬ。この手段たるものが、法人の機関である。法人の行為を作り出すのが、法人の機関である。行為は意思に基づくことを要する。この意思を作り出すのが株主総会であり、取締役会である。而して前者は法律又は定款に定める事項に関し、会社の意思を形成し、後者は業務の執行に関し会社の意思を形成する。

形成された意思を会社に帰属させるということは、既述の如く、業務執行権に基いて生ずることであるが、意思機関たる取締役会の権限は、即ち、この会社に帰属すべき運命を持った意思の決定という点に存し、その内容を定めるについて取締役会に権限が与えられているのである。即ち、取締役会は、この権限を有するが故に取締役会の形成した意思は、更に業務執行権を通すという第二段の手續を必要とはするが、とにかく会社の意思となるのである。

然らば、その取締役会の権限の譲渡とは、どういふことであるか。その権限の譲渡を受けた者が取締役会と同一の権限を持つ者になるということである。先ず何故に取締役会がその権限を有するかといえば、取締役会という者に会社意思形成という能力が与えられているからである。この能力は、取締役会が取締役会であるが故に存するもので、取締

役会という一種の地位又は身分に伴うものであって、それから切り離すことのできるものではない。権限という言葉の示す如く、権限は権利とは異なる。権利ならば権利主体から切り離して他に譲渡し得る。一身専属権というものは、権利の特性から生ずる例外である。権限は、これと異なる。権限が与えられるということは、その主体に対して、主体との必然の繋がりとして与えられるのである。然らば権限は、譲渡し得ないか。否である。権限自身は、譲渡し得ないが権限を有する主体の地位を譲渡すれば、これに伴って権限が移転する。取締役会の権限の譲渡ということは即ちこのことである。取締役会の地位を、その有する各権限毎にそれに対立する部分地位に分割しこの地位を譲渡すると観念するのである。(従って、委任と言わず委譲という方が適切である。)

このことは、取締役会でなければ、その主体たる地位に在り得ないという公益上の要請も考えられないから、可能であるとせねばならぬ。

然らば、この譲渡は代表権限を有する取締役に對してするのでなければ、なし得ないことであろうか。

元來、委譲せんとする取締役会さえ、代表権限はもっていないのであるが、この点は、権限の委譲ということは、実行段階について対外的にも権限を有する実行力をもった者に対して為されるべきが妥当であるからとして、これを代表取締役に對してだけに限ることを理由づけることもできるであろう。しかし、それはその方が都合がよいということであって、代表権のない(業務執行権のある)者に対する譲渡の不可能の理由にはならぬ。寧ろ便宜上の問題は便宜の問題、本質の問題は本質の問題として、権限委譲については、譲受人は譲渡人と同様の性能をもって居れば足るので、譲渡人以上の性能を必要とするという場合は、譲渡によって新なる事情が加わる場合でなければならぬと原

則論的に考うべきではなからうか。而も、この場合委譲は前述の如く右から左への移転でなくて、創設的譲渡であるからといって何等譲受人に特別の地位を必要とすることはならぬ。創設は、分割のための部分地位の創設であって、抵当権の設定の如く、一の権利（所有権）からこれと異なる部分的権利（抵当権）を創設するのとは異なるのである。権限の委譲が、前述の如く、右から左へのそのまゝの移転であり、しかも、今迄代表権はなくても持つて居られたものが、今度は、代表権がなければ持ち得ないというようなことは有り得ない

十

代表権のないことが、業務執行権の主体となることの妨げとなる理のないことは、以上の通りであるが、商法は、代表権については定めているが、業務執行権については定めていない。しかして、代表取締役を定めるのについて、取締役会が権限を有する（商二六二）のであるから、業務執行取締役の選任についても、また、同様に考えることができる。只代表取締役については、対外関係であるので、一律的且継続的であるのも必要とする。よって、特に法律に定めるのが妥当である。業務執行権は、対内問題であるから特別規定の必要も無く、又、取締役会が統一的、原則的に定める必要もない。取締役会が、業務の意思決定をするともに決定されるべく、（一般には、取締役会の定めた或は黙示的に承認している職務分掌の定めによって、執行取締役は、特定してゐるであらうし、特定していない場合は、取締役会が特定すべく、それもしなかった場合は、取締役会の意思を推定すべく、それも不可能な場合は、その業務は執行不能ということである。）

十一

代表権のない取締役が業務執行権の主体となることが、株式会社制度の建前上可能なことは、以上の通りであるが、然らば、この事について現行商法の現実の規定は、何等定めず黙しているであろうか。

これについては、商法第二六一条第三項の規定を注目せねばならぬ。この規定によると、会社の不法行為につき会社が機関の行為としての賠償責任を負うのは、代表取締役の行為のみとなる。従って、代表取締役に非ざる取締役が業務を執行した場合は、会社に民法第四条の責任はないことになる。同じく、機関の行為であり乍ら、代表権があるか否かによって区別があることは、代表行為を行うについての行為のみが、機関責任を発生させるべき行為であるということにならねばならぬが、代表関係を伴う行為とそれを伴わない行為との間に、機関責任に関し、一応の差別が存することは考えられるが本質的の差異は考え難い。又、法人に責任が生じないことは、行為者自身の責任を生じないということではないが、商法第二六六条の三の責任の如きは、殊に輕過失が除外されている等の関係もあり、これらの点から見れば、現行商法は代表取締役にのみ業務執行権を認めているのがより妥当性の多い考え方とも思われる。併し、経済及び会社経営の実情を考えたならば、代表権なき取締役も業務執行権の主体となることができると考えなければならぬのであって、かく解釈することは、現行法の解釈上絶対に為し得ないことではなからう。

最後に結論的部分のみを要約して結びとしたい。第一に成法に最も忠実に考えるならば(一)意思決定権と業務執行権は分離せられ取締役会に執行権はない。(二)執行権を有する者は代表取締役のみであることとなるがこの(二)の点は、絶対的ではなく、代表権なき取締役に業務執行権を認めること必ずしも不可能でない。而して第二に、もし、成法の解釈に弾力性を持たせるならば即ち成法は機関の権限衝突についての規定を放置したと考えるならば、意思決定権と執行権とを分離せず、取締役会及び取締役(代表権のない取締役も含む)ともに両者を合一した決定並執行権を有し、取締役会の決定並執行権は、取締役のそれに優先し、取締役会が所謂最終決定権を持つということになるということである。